COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/800A/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/800A/11
Expediente	—
Fecha	2009-09-04
Sala	Sala Novena de Revisión
Magistrado ponente	LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Frente A Actos Administrativos En Materia De Concurso De Meritos
- Acto Legislativo De Inscripcion Extraordinaria En Carrera Administrativa Sin Previo Concurso
- Debido Proceso Administrativo En Concurso De Meritos
- Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer Embarazada En Provisionalidad Que Ocupa Cargo De Carrera
- Debido Proceso En Concurso De Meritos

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas

Texto completo

T-800A-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-800A/11 ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS- Subreglas de procedencia excepcional La jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable;

y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

En materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto. Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio ACTO LEGISLATIVO DE INSCRIPCION EXTRAORDINARIA EN CARRERA ADMINISTRATIVA SIN PREVIO CONCURSO- Inexequibilidad Esta

Corporación declaró la inexequibilidad del Acto Legislativo 001 de 2008, canceló las inscripciones extraordinarias que se hubieren realizado en carrera administrativa y dispuso la inmediata reactivación de los concursos públicos de méritos que se encontraban suspendidos, dentro de ellos, la Convocatoria No.

001 de 2005 efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual se encuentra inscrita la accionante. CONCURSO PUBLICO- Forma de acceder a cargos de la administración pública El concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN CONCURSO DE MERITOS- Convocatoria como ley del concurso El concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior). Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

CONVOCATORIA- Norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la CNSC como la entidad que convoca y los participantes La resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPA CARGO DE CARRERA- Goza de estabilidad laboral reforzada la cual varía a intermedia una vez finaliza el periodo de lactancia La jurisprudencia constitucional ha señalado que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral que ha denominado como intermedia. Es intermedia porque si bien no tienen la misma estabilidad de los funcionarios de carrera administrativa que se encuentran en propiedad luego de haber agotado un concurso de méritos, en contraste, tampoco su desvinculación puede asimilarse a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, para quienes su permanencia en el cargo depende de la facultad discrecional del nominador debido a que cumplen funciones de confianza y manejo. Frente a éstos últimos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido una estabilidad laboral precaria. Ahora, la pregunta que surge es la siguiente: ¿qué acontece cuando el funcionario que ejerce en provisionalidad el cargo de carrera es una mujer cobijada temporalmente por el fuero de maternidad, y la persona que ocupa el primer puesto de la lista de elegibles reclama su nombramiento en propiedad e inmediata posesión en el mismo? Hasta tanto la funcionaria que ejerce el cargo de carrera administrativa en provisionalidad finalice su hora de lactancia, cuenta con una estabilidad laboral reforzada la cual varía a intermedia una vez el nasciturus cumpla 6 meses de edad, es decir, una vez finalice aquella su hora de lactancia. A partir de ese

momento, la persona que tenga el mejor derecho en la lista de elegibles para acceder al cargo de carrera administrativa en propiedad, podrá ser nombrada y tomar posesión del mismo.

DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MERITOS- No vulneración por cuanto la accionante tuvo la oportunidad de controvertir la información errada del reporte en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil Referencia: expediente T-3100759 Acción de tutela instaurada por Laura Milena Parra Prada contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la ESE San Juan de Dios de Girón-Santander.

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil once (2011) La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, el 7 de abril de 2011, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 23 de mayo de la misma anualidad, que resolvieron la acción de tutela promovida por Laura Milena Parra Prada contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander.

I. ANTECEDENTES 1. Hechos y acción de tutela interpuesta El 28 de marzo de 2011, la señora Laura Milena Parra Prada instauró acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander, por considerar que éstas con sus actuaciones vulneraron sus derechos a la igualdad, al debido proceso, a la estabilidad laboral, al trabajo en condiciones dignas y al mínimo vital, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. Manifiesta la accionante que la Comisión Nacional del Servicio Civil, obrando como responsable de la administración de los Sistemas de Carrera Administrativa de acuerdo con lo señalado en el artículo 130 de la Constitución Política, convocó a través de concurso abierto de méritos, a proceso de selección para proveer los empleos en carrera que se encontraban en provisionalidad o en encargo.

1.2. Señala que dicho proceso se encontraba contenido en la Convocatoria No. 001 de 2005 y comprendía dos fases: una fase de preselección, consistente en la aplicación de pruebas básicas generales de carácter obligatorio, cuyo objeto es evaluar factores indispensables que deben estar presentes en todos los aspirantes a ingresar a cargos de carrera, y una segunda fase, consistente en la aplicación, a quienes superaron la primera fase, de pruebas específicas relacionadas con las competencias funcionales y comportamentales, además del análisis de antecedentes.

1.3. Cuenta que en la Convocatoria No. 001 de 2005, se inscribió en el rango A del nivel jerárquico profesional y del grupo III [1] , y que presentó la prueba básica el 12 de agosto de 2007, en la cual obtuvo como puntaje el equivalente a 66 puntos [2] , circunstancia ésta que la habilitó para continuar en la segunda fase del concurso.

1.4. Relata que con la expedición del Acto Legislativo 001 de 2008, que adicionó el artículo 125 de la Constitución Política, se señaló que la Comisión Nacional del Servicio Civil a partir de la vigencia del mismo Acto Legislativo haría inscripciones extraordinarias, sin necesidad de concurso público, a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuvieran ocupando cargos de carrera en calidad de provisionales. Apoyada en lo anterior, la actora señala que como desde el 28 de diciembre de 2000 se encontraba vinculada en provisionalidad en el cargo de enfermera obligatorio código 365 de la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de Girón, cargo que es de carrera administrativa, era beneficiaria de la inscripción extraordinaria que preveía el Acto Legislativo 001 de 2008. No obstante, explica que la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2009, declaró inexequible el Acto Legislativo y

determinó efectos retroactivos en el sentido de reanudar los concursos públicos que estaban suspendidos, careciendo de efectos las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa que se hubieren realizado.

1.5. La actora indica que atendiendo los efectos de la sentencia antedicha, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la circular 048 del 4 de septiembre de 2009, mediante la cual indicó (i) que reanudaba las actividades de la Convocatoria 001 de 2005 respecto de los concursos que fueron suspendidos como consecuencia del Acto Legislativo No. 001 de 2008, con base en el reporte hecho por las entidades; y, (ii) requirió a las entidades que tuvieran empleos reportados en la Oferta Pública de Empleos de Carrera "OPEC", para que antes del 25 de septiembre de 2009 informaran los empleos sobre los cuales los servidores públicos estaban concursando en la Convocatoria 001 de 2005, y que estando habilitados para continuar en la segunda fase no lo hicieron por causa del beneficio que derivaron del Acto Legislativo 001 de 2008. Señala que para tal efecto, el 7 de septiembre de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó en su página web el formulario que debían diligenciar las entidades para tal fin.

1.6. Cuenta la actora que para facilitar lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil clasificó los empleos en tres grupos: (i) OPEC de cargos en vacancia definitiva reportados por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 que no se encuentren en ninguno de los dos grupos subsiguientes;

(ii) OPEC de cargos reportados a través del aplicativo "reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo" ; y, (iii) OPEC de cargos de vacancia definitiva que vienen siendo desempeñados por servidores públicos provisionales en condición de prepensionados conforme al Decreto 3905 de 2009.

1.7. La accionante explica que la Comisión Nacional del Servicio Civil habilitó un aplicativo para que las entidades realizaran el reporte OPEC del grupo II mediante el "formulario reporte formación de empleos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008" , razón por la cual la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de Girón reportó el día 9 de septiembre de 2009, el empleo que en ese momento ocupaba en provisionalidad la actora -enfermera obligatorio código 365-, aclarando que la misma se encontraba cobijada por el procedimiento especial del Acto Legislativo 001 de 2008 [3] .

1.8. Debido a ese reporte, la accionante presentó la prueba escrita de competencias funcionales el 10 de octubre de 2010 [4] , obteniendo como resultado de la prueba 67.65 puntos y comportamentales 72.72, registrando por consiguiente la condición de "aprobado" [5] .

1.9. Señala que el día 20 de diciembre de 2010, sorpresivamente la señorita Silvia Victoria Martínez Manrique se presentó en las instalaciónes de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, con el fin de tomar posesión en el cargo que la actora ha venido desempeñando desde hace 10 años [6] , invocando a favor de su derecho, la existencia y firmeza de la resolución No.

3444 del 11 de noviembre de 2010, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo señalado con el No. 11081, ofertado en la etapa 3 del grupo 1 de la Convocatoria No. 001 de 228, es decir, del cargo de enfermera que ocupa la actora en provisionalidad [7] .

1.10. Cuenta que el mismo 20 de diciembre de 2010, radicó derecho de petición [8] ante la Comisión Nacional de Servicio Civil solicitando explicación sobre el tema, a lo cual le informaron que "mi nombre y [el] empleo que desempeñó no fueron reportados en las condiciones exigidas en la Circular Conjunta No. 74, y por tal motivo no formé parte de la OPEC del segundo grupo, y en su lugar mi actual empleo fue ofertado en el grupo I [el 23 de septiembre de 2010] , cuya fase II contó con un único inscrito, el cual, por haber cumplido con los requisitos exigidos para el empleo, dio lugar a la conformación de la lista de elegibles para proveerlo mediante resolución No. 3444 del 11 de noviembre de 2010".

Además, la actora explica que la Comisión acusada le manifestó que como presentó la prueba de competencias funcionales el 10 de octubre de 2010, no estaba habilitada para hacer elección del empleo 11081 porque dicho cargo fue ofertado en el grupo I, es decir, antes de que presentara la prueba [9] .

1.11. Aduce la actora que la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, al haberle cerrado la posibilidad de continuar en el concurso de méritos en el grupo II y al haber inscrito en otro grupo el cargo de enfermera que ella desempeñaba en provisionalidad, a pesar de que la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón cumplió con el procedimiento de reportar dicho cargo mediante el diligenciamiento del "formulario reporte formación de empleos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008" . Así, estima que se le "trunc[ó] abruptamente su participación en el desarrollo de la OPEC de cargos reportados a través del aplicativo" .

1.12. Adicionalmente, la actora plantea que el acto administrativo por medio del cual se conformó la lista de elegibles del cargo de enfermera que desempeñaba en provisionalidad, una vez se publicó en la página de internet de la Comisión Nacional del Servicio Civil, debió ser divulgado por la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón en su respectiva página web. Sin embargo, indica que dicha divulgación nunca se cumplió y, por ende, solo tuvo conocimiento de la lista de elegibles hasta el 20 de diciembre de 2010, sumado a que se le cercenó la posibilidad de elevar reclamación contra el acto administrativo según lo regula el artículo 14 del Decreto 760 de 2005.

1.13. La actora finaliza su exposición indicando que "los ingresos obtenidos por el desempeño del cargo que actualmente desempeño en provisionalidad, constituyen el único ingreso para mi congrua subsistencia y la de mi familia" . Además, señaló que a pesar de contar con otro medio de defensa judicial, su situación se enmarca dentro del llamado perjuicio irremediable porque al dar cumplimiento a la resolución No.

3444 del 11 de noviembre de 2010, sería retirada del servicio bajo la declaratoria de insubsistencia, lo que consecuentemente significa que no recibiría su salario mensual.

1.14. En virtud de lo anterior, la accionante invoca la acción de tutela como mecanismo transitorio, con el propósito de que se le protejan los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la estabilidad laboral, al trabajo y al mínimo vital, vulnerados por las accionadas al reportar de manera errada los cargos ofertados a la Comisión Nacional del Servicio Civil, omitiendo su aclaración en la Convocatoria No. 001 de 2005. En consecuencia, pide (i) dejar sin efecto la resolución No. 3444 del 11 de noviembre de 2010, (ii) que las acusadas subsanen el error cometido para que realicen la corrección del cargo reportado correspondiente al número de empleo 11081, el cual deberán incluir en el grupo II de la etapa 3, y (iii) que las acusadas restablezcan su participación como profesional en el concurso de méritos, para que de esta forma pueda optar por el cargo de enfermera pero continuando con la etapa de evaluación que corresponde a hoja de vida y experiencia profesional, y pueda ubicarse en la lista de elegibles de acuerdo con el resultado final obtenido en las pruebas.

2. Respuestas de las entidades accionadas y de la vinculada: 2.1. La Asesora Jurídica de la Comisión Nacional de Servicio Civil, en escrito fechado el 4 de abril de 2011, solicita negar el amparo "por hecho superado" , al señalar que el nombre de la actora y el cargo que desempeñaba no fueron reportados en las condiciones establecidas para los beneficiarios del Acto Legislativo No. 001 de 2008, por lo cual el empleo no hizo parte de la OPEC del grupo II, sino que fue ofertado en el grupo I.

Así mismo, señala que teniendo en cuenta que el empleo que ocupa la actora es en provisionalidad y el mismo no fue reportado en el grupo II, contando por ende con lista de elegibles, "la sola inscripción no le garantiza que la entidad respete su derecho al trabajo, puesto que los nombramiento provisionales cuentan con una precaria estabilidad laboral, en el entendido que dicho derecho sólo puede endilgársele a aquellos empleados de carrera administrativa cuyos

nombramientos se hayan producido de conformidad con el orden de provisión definitiva establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005” .

Afirma que la lista de elegibles para el empleo 11081 de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, se generó previo cumplimiento de todas y cada una de las etapas de la convocatoria, es decir, se ofertó, contó con un único inscrito, se verificaron los requisitos mínimos y se conformó la lista de elegibles para ser provisto definitivamente por el sistema de mérito.

La Comisión accionada finaliza estructurando la figura del hecho superado, en que la actora se encuentra inscrita en la Convocatorio 01 de 2005 y está optando por otro cargo, por lo cual, indicó que se presenta una carencia actual de objeto en la tutela.

2.2. El Gerente de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, en escrito fechado el 5 de abril de 2011, solicita declarar improcedente la tutela porque la actora cuenta con otro mecanismo judicial de defensa para ventilar su inconformidad y porque ésta no ha agotado los recursos que tiene para controvertir cualquier acto administrativo ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Además, aclara que la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón si realizó el reporte contemplado en la circular conjunta No. 074 de la CNSC, con lo cual cumplió la respectiva consolidación de información incluyendo el cargo de enfermero OPEC 11081, código 243, grado 17, dentro del tiempo establecido, es decir, la reportó el día 9 de septiembre de 2009, siendo el máximo plazo para hacerlo el 7 de diciembre de la misma anualidad. Agrega que dicho reporte se hizo mediante el aplicativo dispuesto para tal fin, como lo era enviar la información al correo electrónico fase2@cnsc.gov.co .

2.3. En el auto admisorio de la tutela, el Magistrado Sustanciador de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, dispuso la vinculación de la señorita Silvia Victoria Martínez Manrique al trámite constitucional, por cuanto una eventual decisión podría perjudicarle.

En escrito recibido el 6 de abril de 2011, la vinculada se opuso a la prosperidad del amparo constitucional, aduciendo que la tutela es improcedente porque la actora cuenta con las acciones contencioso administrativas para cuestionar el acto que genera su inconformidad, sumado a que “la situación administrativa laboral de la actora, es ajena a la situación particular y concreta que se creó en mi favor por cuanto la suscrita se presentó y agotó todas y cada una de las fases del concurso y por mérito fue incluida en el primer lugar en la lista de elegibles que quedara en firma, razón por la cual mi derecho debe ser respetado” . Añade que esperó 5 años para acceder al cargo a través de concurso de méritos y que le parece injusto que ahora no pueda posesionarse.

Finaliza diciendo que “la actora no adujo en la acción de tutela el estado de gravidez en el que encuentra, aspecto que ha venido alegando ante la ESE Hospital San Juan de Dios y que incide en la decisión que eventualmente se pueda tomar” .

3. Sentencia objeto de revisión 3.1. Primera instancia El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia del 7 de abril de 2011, tuteló el derecho a la igualdad a favor de Laura Milena Parra Prada y dejó sin efectos la resolución No. 3444 del 11 de noviembre de 2010, mediante la cual fue elegida Silvia Victoria Martínez Manrique para ocupar el cargo que desempeñaba la actora. En consecuencia, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil ofrecer el empleo OPEC 11081 de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, a la accionante, a todos los concursantes que continuaron con el concurso público de méritos y a quienes se consideraban incluidos en carrera administrativa de forma extraordinaria en virtud del Acto Legislativo 01 de 2008. En forma adicional, tuteló el derecho de petición a la actora vulnerado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto no dio respuesta de fondo al escrito que aquella radicó en esa entidad el 1° de febrero de 2011.

El Tribunal fundó su decisión en que la accionante a pesar de haber concursado y superado las etapas, no pudo optar por el empleo que ocupa en provisionalidad, bajo el argumento administrativo entre las accionadas de no haberse cumplido con el reporte del citado cargo, posterior a la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008 mediante la sentencia C-588 de 2009.

El a-quo señaló que dicha sentencia generó un gran impacto, al punto que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la circular No. 048 del 4 de septiembre de 2009, en la cual dispuso las pautas para que las personas que estaban cobijadas por la expectativa que contemplaba el Acto Legislativo 01 de 2008, pudieran retomar las fases del concurso de méritos. Así, indicó que en el numeral quinto de dicha circular se requirió a las entidades para que reportaran ante del 25 de septiembre de 2009, los empleos sobre los cuales los servidores estaban concursando en la convocatoria 001 de 2005 y que estando habilitados no continuaron en la segunda fase, por cuanto consideraban tener la opción de la inscripción extraordinaria. El reporte debía cumplirse mediante formulario virtual que debía enviarse al correo fase2@cnsc.gov.co , lo cual encontró satisfecho el Tribunal porque según la prueba documental, la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón diligenció el formulario y lo envío vía internet el 9 de septiembre de 2009, discriminando en él el cargo de enfermera que ejerce en provisionalidad la actora.

Señala que no obstante lo anterior, ulteriormente se expidió la circular conjunta No. 074 del 21 de septiembre de 2008, del Procurador General de la Nación y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual se informaba a los representantes legales que “aún no hubiesen enviado o no hubiesen actualizado la información relativa a la oferta pública de los empleos de carrera OPEC” , que debían reportarla a la Comisión accionada a través de la página web www.cncs.gov.co , mediante un aplicativo especial que se habilitó hasta el 7 de diciembre de 2009. Al respecto, el Tribunal consideró que “si se mira con detenimiento la circular conjunta No. 074, se podrá observar que dicha obligación era para quienes no la hubieren enviado o actualizado, por lo cual habiendo reportado por el correo electrónico con el reporte (sic) del cual se adjuntó copia, no había necesidad de efectuar nuevamente la inscripción (…)” .

Así las cosas, el Tribunal concluyó que “la decisión tomada por la Comisión Nacional del Servicio Civil truncó la oportunidad de la accionante de mantenerse en su aspiración de ingresar en carrera”, porque una vez superada la etapa eliminatoria del concurso y reportado el cargo por el ESE Hospital San Juan de Dios de Girón a través del correo electrónico dispuesto para tal fin, lo que restaba era esperar que pudiera optar por acceder mediante el concurso, al cargo de carrera que ha venido desempeñando por casi 10 años.

Por último, respecto al derecho fundamental de petición, el Tribunal consideró a pesar de obrar prueba en el expediente de la solicitud que radicó la actora el 1° de febrero de 2011 ante la Comisión Nacional de Servicio Civil, aquella no ha recibido una respuesta oportuna y de fondo por parte de la Comisión, por lo cual estimó vulnerado el núcleo esencial de tal derecho fundamental.

3.2. Impugnación presentada por la Comisión Nacional del Servicio Civil La Asesora Jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil impugnó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, pidiendo la revocatoria del mismo porque “la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo como en efecto, pretende hacerlo el H. Tribunal al dejar sin efecto la resolución No. 3444 del 11 de noviembre de 2010, esto debido a que el mecanismo apropiado para tal fin se circunscribe al ámbito de las acciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa” .

De otro lado, manifestó no estar de acuerdo con el argumento que expuso el Tribunal respecto a que si la entidad ya había realizado el reporte al correo electrónico no debía hacerlo a través del aplicativo web, por cuanto en la circular No. 048 de 2009 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se les informó que aquellas entidades que reportaron los empleos a la OPEC mediante certificación, “pero que con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 no la actualicen en

los aplicativos respectivos, se entenderá que dichos cargos no fueron cubiertos por el Acto legislativo 001 de 2008 o no se encuentran en las condiciones del Decreto 3905 de 2009 y, en consecuencia, quedarán incluidos en el primer grupo y su oferta se realizará en un solo momento” . Así las cosas, la Comisión adujo que era obligación de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, enviar la certificación respectiva mediante el diligenciamiento del formulario, pero además debió reportar el cargo en el aplicativo dispuesto para tal fin en la página web www.cnsc.gov.co .

Explicó que “la certificación validaba la información pero NO era el medio idóneo para realizar el reporte” y que “las reglas eran absolutamente precisas en el sentido de indicar que el único medio para reportar los empleos que se ocupaban en provisionalidad era el aplicativo habilitado públicamente para este exclusivo fin".

Agregó que “el correo electrónico NO era vinculante para la CNSC, [porque] dicho correo tenía como finalidad facilitar la comunicación entre las entidades y la Comisión para recordar las claves de ingreso al aplicativo, pero no se puede tomar el mismo como reemplazante de un aplicativo conformado exclusivamente para el reporte de los empleos en provisionalidad”.

Concluyó señalando que la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón no asoció en forma correcta el empleo 11081 a la funcionaria provisional que en su momento estuvo cobijada por el Acto Legislativo 001 de 2008, motivo por el cual, en aplicación del numeral 3° de la circular 054 de 2009, el empleo fue ofertado en el grupo I de la Convocatoria 001 de 2005.

Finalizó diciendo que el juez de tutela no puede ordenar de manera definitiva dejar sin efecto un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, ya que en esos casos debe optar por una medida transitoria para que sea la autoridad administrativa la encargada de verificar la legalidad de la resolución No. 3444 del 11 de diciembre de 2010.

3.3. Impugnación presentada por Silvia Victoria Martínez Manrique La vinculada Silvia Victoria Martínez Manrique pidió revocar el fallo impugnado, aduciendo para tal fin (i) que el Tribunal omitió realizar el test de igualdad que establece la jurisprudencia constitucional y, por consiguiente, su decisión es ilegítima, desproporcionada y se aparta de los claros estándares señalados por la Corte Constitucional;

(ii) que la tutela no cumple con el requisito de inmediatez porque la actora ejerció el amparo de forma tardía; (iii) que el Tribunal se extralimitó al dejar sin efecto un acto administrativo que se encuentra en firme y se presume legal, respecto del cual se creó una situación jurídica particular y concreta;

(iv) la actora cuenta con otro medio judicial idóneo y eficaz para reclamar su derecho; (v) el Tribunal omitió hacer un análisis frente a la transitoriedad de la tutela, estudiando si la actora está amenazada por la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Afirmó que no resulta justo que después de 5 años de participar en un concurso público de méritos, sea el juez constitucional quien le impida el acceso a la función pública y privilegie los intereses de una persona que se encuentra ejerciendo en provisionalidad un cargo de carrera. Por ello, señaló que “es ajeno a la voluntad de la suscrita que la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón hubiera omitido reportar el nombre-cargo de la accionante” .

Por último, manifestó que el Tribunal “no analizó el aparente conflicto de derechos que se presenta entre la situación particular y concreta, que se ha generado a favor de quien de buena fe, acudió y agotó todos los mecanismos y fases previstas por la ley y resultó en el primer lugar, frente a quien si bien se encontraba en provisionalidad, no estuvo atenta al desarrollo del concurso” . En ese sentido, concluyó que la justicia no puede privar del derecho a quien actuando de buena fe, en plena igualdad con todos los servidores públicos del país, logró el primer puesto en la lista de elegibles para acceder a un cargo de carrera.

3.4. Segunda instancia La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, en sentencia del 23 de mayo de 2011, revocó la sentencia del Tribunal y, en su lugar, negó la solicitud de amparo constitucional invocada por Laura Milena Parra Prada.

Sustentó su decisión en que la tutela es improcedente para discutir controversias en torno a la legalidad de los actos administrativos, lo cual debe hacerse ante la jurisdicción correspondiente, sin que sea viable pretender sustituirlos por este mecanismo especial de protección de las garantías inherentes a las personas.

Estimó que la improcedencia no se revierte bajo el argumento de un perjuicio irremediable, porque al ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es viable pedir la suspensión provisional del acto administrativo cuestionado, si se dan los supuestos de ley. Además, señaló que en el presente caso no se configura dicho perjuicio porque la actora aún permanece ocupando el cargo y, según respondió el Gerente de la ESE Hospital San Juan de Dios a la vinculada Silvia Victoria Martínez Manrique, aquella se encuentra en estado de embarazo y goza de protección a la maternidad.

Por último, la Corte Suprema de Justicia recalcó que la actora se encuentra vinculada en el proceso de selección de la Convocatoria No. 001 de 2005 y una vez superen todas las etapas del proceso de verificación, la Comisión Nacional del Servicio Civil procederá a la publicación de las listas de elegibles.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE 1. Competencia Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuado el 30 de junio de 2011.

2. Problema Jurídico De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantean los siguientes problemas jurídicos a resolver: ¿Desconocen las entidades demandadas el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la actora, al reportar en forma errada el cargo de enfermera obligatoria que desempeña ésta en provisionalidad y al ubicarlo en un grupo diferente dentro de la Oferta Pública de Empleos en Carrera, sin darle la posibilidad de escogerlo en procura de acceder a él mediante el concurso público de méritos? ¿Esa situación causa a la actora un perjuicio irremediable que merezca ser protegido a través de la tutela? ¿Desconocen la Comisión Nacional del Servicio Civil y la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander, los derechos a la estabilidad laboral, al trabajo en condiciones dignas y al mínimo vital de una mujer que goza de fuero de maternidad y que ejerce como provisional un cargo de carrera administrativa, al elaborar la lista de elegibles con la cual se debe proveer dicho cargo en propiedad? Para resolver las cuestiones planteadas, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas:

(i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia;

(ii) El concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el año 2005, la suspensión del mismo derivada del Acto Legislativo que autorizó la inscripción extraordinaria en carrera y la reactivación del concurso con ocasión de un fallo de inexequibilidad;

(iii) El debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso. Reiteración de jurisprudencia; (iv) La estabilidad laboral reforzada de las funcionarias con fuero de maternidad que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y su paso a la estabilidad laboral intermedia una vez finalizan el periodo de hora de lactancia; y, luego analizará (v) el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia 3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la

legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto [10] . Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [11] , el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable [12] ;

y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar [13] .

En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones:

“(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales” [14] .

Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

4. El concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el año 2005, la suspensión del mismo derivada del Acto Legislativo que autorizó la inscripción extraordinaria en carrera y la reactivación del concurso con ocasión de un fallo de inexequibilidad 4.1. El artículo 130 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 909 de 2004, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como un órgano permanente del nivel nacional, dotado de personería jurídica, autónomo e independiente de las ramas del poder público, que es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepto de aquellas especiales. Dicha Comisión es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en los empleos públicos de nuestro país, cuya actuación se rige por los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 Superior , y en especial por los de objetividad, independencia e imparcialidad [15] .

4.2. En cumplimiento de las funciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de carrera que estipula el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional de Servicio Civil convocó al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial regidas por la Ley 909 de 2004. Dicho concurso se identificó como Convocatoria No. 001 de 2005, y contó con la siguiente estructura del proceso: una primera fase, consistente en una prueba básica general de preselección para los inscritos, cuya finalidad era identificar los factores indispensables que debían estar presentes en todos los aspirantes a ingresar a cargos de carrera; y, una segunda, consistente en una prueba específica eliminatoria con la que se buscaba evaluar las capacidades requeridas para el desempeño del empleo, a través de pruebas orales, de ejecución, de análisis de antecedentes, entrevista y de otros medios técnicos que respondieran a criterios de objetividad e imparcialidad. Esta segunda fase era aprobada por los aspirantes que obtuvieran una puntuación estándar normalizada igual o superior a 60 puntos, con quienes se integrarían las respectivas listas de elegibles.

El proceso de selección se organizó en tres criterios: (i) tipo de entidades (1. nacionales, 2. sector defensa, 3. departamentos, distritos y municipios especiales, y 4.

municipios de 4ª a 6ª categoría); (ii) nivel jerárquico de empleos (asesor, profesional, técnico y asistencial); y, (iii) rangos de requisitos dentro del nivel jerárquico. Así las cosas, el aspirante solo podía inscribirse a un rango, de un nivel jerárquico y de un grupo de entidades determinado, y una vez superado la prueba básica general de preselección, podían escoger el empleo de su preferencia únicamente dentro del rango preseleccionado en el proceso de inscripción.

Estando en curso el proceso de selección de la Convocatoria 001 de 2005, específicamente en la etapa de publicación de resultados de la prueba básica general de preselección, el Congreso de la República expidió el Acto Legislativo 001 del 26 de diciembre de 2008, mediante el cual se adicionó un parágrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política, bajo los siguientes términos:

“ Parágrafo transitorio . Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el

presente parágrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular".

Con ocasión de la expedición de este Acto Legislativo, se autorizó la inscripción en carrera administrativa de forma extraordinaria y sin necesidad de agotar previamente el concurso público de méritos, a aquellas personas que al 23 de septiembre de 2004 estuvieren desempeñando como provisionales o encargados, cargos de carrera vacantes de manera definitiva. Debido a ello, con el ánimo de dar cumplimiento a la adición del texto constitucional, fueron suspendidos todos los trámites relacionados con los concursos públicos de méritos donde se ofertarán los cargos ocupados por empleados cobijados por la medida, entre ellos, la Convocatoria 001 de 2005 que diseñó la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así las cosas, los beneficiarios iniciaron los trámites respectivos en procura de obtener la inscripción extraordinaria en carrera. Posteriormente, gracias a una demanda de inconstitucionalidad que un ciudadano formuló en contra el artículo 1° del Acto Legislativo 001 de 2008, la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia C-588 de 2009, lo declaró inexequible en su totalidad otorgando efectos retroactivos a esa sentencia y, por tal razón, dispuso reanudar los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y que, carecían de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hubieren realizado. Los argumentos neurálgicos de dicha sentencia se resumen así:

v El artículo 1° del Acto legislativo 001 de 2008, constituye una sustitución temporal y parcial del artículo 125 Superior . Temporal porque suspendió transitoriamente el nexo intrínseco existente entre la carrera administrativa, y la realización de los fines del Estado y de la función pública en particular, así como la vigencia del artículo 40-7 que deja, durante cierto tiempo, de amparar el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos a los ciudadanos que no ocupan en provisionalidad o por encargo los empleos de carrera a los que se refiere la norma; y, parcial porque modificó un eje definitorio de la Carta, cual es, el régimen de carrera que contempla el artículo 125 Superior , y lo reemplazó por otro opuesto o íntegramente diferente que torna imposible la armonización de la reforma con el resto de las normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible.

v Al expedir el Acto Legislativo 001 de 2008, el constituyente derivado incurrió en vicio de competencia al ejercer el poder de reforma a la Carta, por cuanto so pretexto de reformarla no puede sustituirla por otra diferente, así sea de manera parcial, ya que asumiría las funciones propias del constituyente originario o primario. El Congreso quebrantó la Constitución con el único propósito de imponer una decisión ad-hoc que beneficia a un grupo de personas, desnaturalizando el poder de reforma con tal situación.

v La carrera administrativa es un principio constitucional y su desconocimiento o inaplicación temporal vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional en tres órdenes: los relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad.

v La carrera administrativa única y exclusivamente se fundamenta en el mérito y la capacidad del funcionario público, por consiguiente, debe ser el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleado público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general.

v Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que es el instrumento idóneo para garantizar la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad del aspirante para desempeñar sus funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables.

v Se quebranta el derecho a la igualdad al permitir el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidad o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo.

4.3. Entonces, basado en los anteriores argumentos, esta Corporación declaró la inexequibilidad del Acto Legislativo 001 de 2008, canceló las inscripciones extraordinarias que se hubieren realizado en carrera administrativa y dispuso la inmediata reactivación de los concursos públicos de méritos que se encontraban suspendidos, dentro de ellos, la Convocatoria No. 001 de 2005 efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual se encuentra inscrita la accionante.

5. El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso. Reiteración de jurisprudencia 5.1. De acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine expresamente la ley. El mismo artículo señala que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

5.2. El Constituyente de 1991 al repensar el sistema de carrera administrativa para la provisión de los empleos públicos en Colombia, buscó privilegiar el mérito para contar con servidores públicos cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen mejores índices de resultados, al punto que colaboren con el desarrollo económico del país [16] .

Así mismo, al implementar el sistema de mérito, apuntó a garantizar la igualdad de oportunidades entre los participantes para que se cumpla la selección de forma objetiva y, de esta forma, se consoliden la democracia y los principios de la función pública en el marco de un Estado social de derecho.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional [17] ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

“ La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado.

Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.” En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio

determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

5.3. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior) [18] .

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso [19] , así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de esta Corporación al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009, señaló que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales;

(ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada;

(iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa [20] ; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

5.4. Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

6. La estabilidad laboral reforzada de las funcionarias con fuero de maternidad que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y su paso a la estabilidad laboral intermedia una vez finalizan el periodo de hora de lactancia 6.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de

cierta estabilidad laboral que ha denominado como intermedia [21] . Es intermedia porque si bien no tienen la misma estabilidad de los funcionarios de carrera administrativa que se encuentran en propiedad luego de haber agotado un concurso de méritos, en contraste, tampoco su desvinculación puede asimilarse a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, para quienes su permanencia en el cargo depende de la facultad discrecional del nominador debido a que cumplen funciones de confianza y manejo. Frente a éstos últimos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido una estabilidad laboral precaria [22] .

6.2. Centrando nuestro estudio en los cargos de carrera cuya vinculación se cumple en provisionalidad, la Sala considera que la estabilidad laboral intermedia de que gozan estos funcionarios se materializa en que su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional, sino que debe ser motivada en una justa causa que objetivamente sustente la separación del cargo, como lo son: la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos, todo lo cual debe determinarse atendiendo al respeto y protección de los derechos de debido proceso y de defensa [23] . Quiero ello decir que el retiro de estos funcionarios debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado [24] , ya que la estabilidad intermedia a la que se hace referencia, se concreta en que al ser desvinculados se les indiquen específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal” [25] .

Lo anterior significa que cuando una persona agota todas las etapas propias del concurso de méritos y obtiene el primer puesto en la lista de elegibles desplazada al funcionario que viene ocupando el cargo en provisionalidad. Esta situación en sí misma considerada no vulnera derechos fundamentales, ya que el funcionario que ejerce el cargo en provisionalidad conoce que su situación administrativa laboral es de estabilidad temporal y que en cualquier momento puede posesionarse en el empleo una persona que detenta un mejor derecho derivado del concurso de méritos para proveer en propiedad.

Ahora bien, la pregunta que surge es la siguiente: ¿qué acontece cuando el funcionario que ejerce en provisionalidad el cargo de carrera es una mujer cobijada temporalmente por el fuero de maternidad, y la persona que ocupa el primer puesto de la lista de elegibles reclama su nombramiento en propiedad e inmediata posesión en el mismo? Para dar respuesta a este interrogante, resulta adecuado señalar que el numeral 1° del artículo 51 de la Ley 909 de 2004, establece una “protección a la maternidad” dentro de la normatividad que regula los empleos públicos y la carrera administrativa, señalando que no se puede retirar del servicio a la funcionaria que haya sido nombrada en provisionalidad antes del 23 de septiembre de 2004 (fecha en que entró a regir dicha ley), mientras se encuentre en estado de embarazo o disfrutando de la licencia de maternidad. Una vez finalice dicho fuero, el concursante que ocupó el puesto más destacado en la lista de elegibles podrá tomar posesión y ejercer plenamente el cargo de carrera administrativa.

El artículo en comento es un perfecto desarrollo de la garantía constitucional que dispensa protección especial a la mujer durante el embarazo y después del parto, esto es, dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento de la criatura que estaba en gestación (artículos 43 Superior y 238 del CST), la cual en especial debe acontecer con ocasión de las relaciones laborales donde existe una clara subordinación de la trabajadora a su empleador. Precisamente, sobre el tema esta Corporación en sentencia T-245 de 2007, estableció que “la estabilidad laboral reforzada que ofrecen las disposiciones del texto constitucional, entre las que se incluyen aquellas que componen el bloque de constitucionalidad, se materializan en el derecho fundamental específico que ha sido reconocido en nuestro ordenamiento a la mujer embarazada, según el cual no puede ser separada de su cargo, o ser sometida a cualquier forma de discriminación en el empleo, por razón de su estado de gravidez”.

Bastaría con agregar que dicho reconocimiento opera también para la mujer que se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad y de la hora de lactancia.

Por consiguiente, hasta tanto la funcionaria que ejerce el cargo de carrera administrativa en provisionalidad finalice su hora de lactancia, cuenta con una estabilidad laboral reforzada la cual varía a intermedia una vez el nasciturus cumpla 6 meses de edad, es decir, una vez finalice aquella su hora de lactancia. A partir de ese momento, la persona que tenga el mejor derecho en la lista de elegibles para acceder al cargo de carrera administrativa en propiedad, podrá ser nombrada y tomar posesión del mismo.

7. El caso en concreto 7.1. La accionante solicita amparo constitucional de sus derechos a la igualdad, al debido proceso, a la estabilidad laboral, al trabajo en condiciones dignas y al mínimo vital, que considera vulnerados por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander, por cuanto éstas le impidieron concursar para el cargo de carrera administrativa denominado “enfermera obligatorio código 365” que desempeña actualmente en provisionalidad, ya que aquella no tuvo en cuenta el reporte electrónico del cargo que hizo el Hospital acusado para proceder a incluirlo en el grupo II de la Oferta Pública de Empleos de Carrera de la Convocatoria No. 001 de 2005, y éste -el Hospital- no le permitió tener acceso a la información de la oferta del cargo, al punto que cuenta la actora que solo se enteró que el mismo había sido sometido a concurso, el día que llegó a reclamar el nombramiento en propiedad la participante que ocupó el primer puesto de la lista de elegibles. Se suma a ello que para la época la actora se encontraba embarazada y, por ende, alega que no puede ser desvinculada del cargo que ejerce en provisionalidad.

Pues bien, para abordar la situación planteada, la Sala dividirá el estudio del caso en tres partes: (i) un recuento sobre la obligación de reportar los empleos de carrera administrativa y los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008, con ocasión de la reactivación de la Convocatoria 001 de 2005 que realizó la Comisión Nación del Servicio Civil;

(ii) la presunta violación del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la actora en el concurso de méritos denominado Convocatoria 001 de 2005 y la improcedencia de la tutela en este caso; y, (iii) la estabilidad laboral reforzada que abriga a la actora y su conversión a estabilidad laboral intermedia. Veamos:

7.2. Recuento sobre la obligación de reportar los empleos de carrera administrativa y los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008, con ocasión de la reactivación de la Convocatoria 001 de 2005 que realizó la Comisión Nación del Servicio Civil:

Como se explicó en la consideración 4 de esta providencia, con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008 y la consecuente cancelación de las inscripciones extraordinarias que se hubieren realizado en carrera administrativa de los funcionarios que desempeñaban cargos públicos en provisionalidad, esta Corporación mediante sentencia C-355 de 2008, ordenó la reactivación de los concursos públicos de méritos que se encontraban suspendidos, incluyendo dentro de ellos, la Convocatoria No. 001 de 2005 realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, concurso en el cual se encuentra inscrita la actora.

Para dar cumplimiento a tal orden, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Circular No. 0048 del 4 de septiembre de 2009, a través de la cual reanudó, a partir de esa fecha, las actividades de la Convocatoria No. 001 de 2005 y dispuso en el numeral 5° unas reglas especiales para el reporte de los empleos en la Oferta Pública de Empleos en Carrera “OPEC”. Concretamente señaló:

“ Convocatoria No. 01 de 2005. Empleos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo.- En virtud de las múltiples solicitudes elevadas a la CNSC, se requiere a las entidades que tienen empleos reportados en la OPEC, para que antes del 25 de septiembre del año en curso, indiquen aquellos empleos sobre los cuales los servidores estaban concursando en la

Convocatoria 001 del 2005 y que estando habilitados no continuaron en la segunda fase, por cuanto consideraban que tenían la opción de la inscripción extraordinaria. Para el efecto el lunes 7 de septiembre de 2009 se publicará en la página web de la CNSC, el formulario que han de diligenciar con este fin".

Así las cosas, en el presente caso debía la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander proceder a diligenciar el formulario web reportando tanto el empleo denominado "enfermera obligatorio código 365", así como el nombre de la accionante por cuanto estaba habilitada para continuar participando en el concurso.

Más adelante, la Procuraduría General de la Nación y la Comisión Nacional del Servicio Civil expidieron la Circular Conjunta No. 074 del 21 de octubre de 2009, que centró su asunto en la "obligación de los representantes legales de las entidades públicas de reportar la oferta pública de empleos de carrera –OPEC" . En esta circular conjunta se les solicitó "a los representantes legales que aún no han enviado o no han actualizado la información relativa a la oferta pública de los empleos en carrera –OPEC-, reportarla a la CNSC, al igual que la relativa a los empleos que se encuentren en vacancia definitiva, incluidos los provistos a la fecha con nombramientos provisionales indicando en este último caso, el día de posesión de los servidores que los ocupan. // El envío de la información requerida debe hacerse a través del aplicativo dispuesto para tal fin en la página de la Comisión www.cnsc.gov.co , a más tardar el día 7 de diciembre de 2009".

A los pocos días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Circular No. 054 del 28 de octubre de 2009, en la cual señaló sobre el tema de reporte de empleos lo siguiente:

"1. Reinicio del concurso respecto de los empleos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo No. 001 de 2008. En el comunicado de prensa del fallo mediante el cual se declaró inexequible el Acto Legislativo No. 001 de 2008, la Corte Constitucional señaló: "La sentencia tiene efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos".

Frente al referido fallo la CNSC emitió la Circular No. 48 de 2009, "Impacto de la sentencia C-588 de la Corte Constitucional respecto del Acto Legislativo No. 001 de 2008", la cual indicó en el numeral 5º, que antes del 25 de septiembre de 2009 las entidades debían reportar los empleos sobre los cuales los servidores estaban concursando en la Convocatoria 001 del 2005 y que estando habilitados no continuaron en la segunda fase, por cuanto consideraban que tenían la opción de la inscripción extraordinaria.

Para tal efecto, la CNSC diseñó un aplicativo denominado: "Información relacionada con los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008", el cual se encuentra dispuesto en su Página Web (www.cnsc.gov.co) y debe ser diligenciado por las entidades. El plazo para el reporte de la información de este aplicativo se amplía hasta el 7 de diciembre de 2009.

Entonces, en cumplimiento de la Sentencia C-588 de 2009, la CNSC reinicia el concurso de los empleos que reporten las entidades hasta el 7 de diciembre de 2009 a través del aplicativo: "Información relacionada con los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008".

Para estos cargos podrán concursar todos los aspirantes habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No. 001 de 2005 que no se inscribieron para esta Fase dentro de los términos señalados por la CNSC. Las fechas para la inscripción y la realización de las pruebas, será fijada oportunamente por la CNSC.

Los aspirantes que no superaron la prueba básica general de preselección, la prueba de competencias funcionales, los citados que no se presentaron a la aplicación de las pruebas eliminatorias o fueron inadmitidos por no cumplimiento de requisitos, se encuentran excluidos del proceso de selección y por lo tanto no podrán inscribirse nuevamente a la Fase II" (Negrillas de la Sala).

Así las cosas, de acuerdo con la información pública que diseñó la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante las anteriores circulares que hacen parte integral de la Convocatoria 001 de 2005 y, por ende, rigen como reglas aplicables al concurso de méritos, los representantes legales debían proceder a reportar los empleos sobre los cuales los servidores en provisionalidad estaban concursando, pero que estando habilitados para continuar en la segunda fase no lo hicieron porque se creían beneficiarios de la inscripción extraordinaria en carrera administrativa. Tal reporte en principio debía surtirse mediante el diligenciamiento de un formulario que debía enviarse antes del 25 de septiembre de 2009, pero luego se les solicitó a los representantes que no habían enviado la información y a quienes habiéndola enviado debían actualizarla, que llenaran hasta el 7 de diciembre de 2009 el aplicativo web que para tal fin dispuso la Comisión Nacional del Servicio Civil en su página web. Quiero ello decir que si la entidad ya había reportado la información mediante el diligenciamiento del formulario, debía proceder a actualizarla a través del aplicativo web diseñado por la Comisión accionada.

Ahora bien, en la misma Circular No. 054 del 28 de octubre de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil al referirse a la publicación de la Oferta Pública de Empleos en Carrera, indicó:

“En cumplimiento de la circular conjunta No. 074 del 21 de octubre de 2009, emitida por la Procuraduría General de la Nación y esta Comisión, los Representantes Legales de las entidades deben reportar a la CNSC, con anterioridad al 7 de diciembre de 2009, los empleos de carrera administrativa con vacancia definitiva provistos en cualquier modalidad o que se encuentren vacantes.

Para lo anterior, esta CNSC tiene dispuesto en su Página Web (www.cnsc.gov.co) un aplicativo “Reporte Información Empleos Públicos” a través del cual se deberá reportar la información de los empleos en vacancia definitiva, guardando especial atención en el diligenciamiento del módulo “modo y fecha de provisión”. Para el diligenciamiento del aplicativo se recomienda consultar el instructivo dispuesto en el mismo link.

Finalmente, la publicación definitiva de los empleos de las Aplicaciones IV y V se llevará a cabo en tres (3) grupos, a saber: 1. PRIMER GRUPO:

Oferta Pública de Empleos OPEC de cargos en vacancia definitiva reportados por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 que no se encuentren en ninguno de los dos (2) grupos subsiguientes.

A estos empleos podrán inscribirse en la etapa respectiva, los aspirantes de las aplicaciones IV y V que superaron la prueba de competencias funcionales el 31 de mayo de 2009 y el 4 de octubre de 2009, respectivamente.

2. SEGUNDO GRUPO: Oferta Pública de Empleos OPEC de cargos reportados a través del aplicativo “Reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo”.

A estos empleos podrán inscribirse los aspirantes habilitados que no se han inscrito en la Fase II pero que procedan a ello en la fecha que señale en su oportunidad la CNSC, la cual será posterior al 7 de diciembre de 2009.

3. TERCER GRUPO: Oferta Pública de Empleos OPEC de cargos en vacancia definitiva que vienen siendo desempeñados por servidores públicos provisionales en condición de prepensionados conforme al Decreto 3905 de 2009.

La Oferta Pública de Empleos OPEC definitiva de este grupo será publicada una vez se hayan causado los derechos de pensión de los servidores que los vienen desempeñando A estos empleos podrán inscribirse los aspirantes que superaron las pruebas de competencias funcionales que a la fecha de la publicación definitiva de la OPEC respectiva hayan escogido actividad de desempeño o grupo temático, (corrección de acuerdo a la circular No. 54) según se trate de aspirantes a empleos de los niveles técnico y asistencial u asesor y profesional.

NOTA IMPORTANTE : Aquellas entidades que reportaron empleos a la OPEC pero que con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 no la actualicen en los aplicativos respectivos, se entenderá que dichos cargos no fueron cubiertos por

el acto legislativo 001 de 2008 o no se encuentran en las condiciones del Decreto 3905 de 2009 y en consecuencia quedarán incluidos en el primer grupo y su oferta se realizará en un solo momento ” .

(Resaltado y subrayado nuestro). En este orden de ideas, al ser reportado el cargo a través del aplicativo dispuesto para la situación especial derivada del Acto Legislativo 01 de 2008, automáticamente ingresaba en el grupo II de la Oferta Pública de Empleos en Carrera “OPEC”, pero si la entidad encargada de realizar el reporte no lo hacía o no actualizaba la información en el respectivo aplicativo, el cargo se entendía no cubierto por dicho Acto Legislativo y era incluido en el grupo I de la Oferta Pública de Empleos en Carrera “OPEC”.

Desde ya, es bueno mencionar que de acuerdo con el punto cuarto de la Circular No. 054 del 28 de octubre de 2009, la información sobre el reporte de los empleos en cada uno de los grupos, estuvo siempre disponible de manera pública para todos los concursantes a través de la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil; por consiguiente, los participantes tenían acceso a la información y podían controvertirla en la oportunidad correspondiente en caso de que la misma fuese errada.

7.3. La presunta violación del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la actora en el concurso de méritos denominado Convocatoria 001 de 2005 y la improcedencia de la tutela en este caso:

Hecho el anterior recuento, la Sala pasará a analizar si las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la actora. Para tal efecto, conviene precisar que una vez fue reactivado el concurso de méritos denominado Convocatoria 001 de 2005, la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander procedió el 9 de septiembre de 2009 a reportar el cargo que venía desempeñando la actora en provisionalidad, para lo cual diligenció el formulario aclarando que ésta se encontraba cobijada por el procedimiento especial del Acto Legislativo 001 de 2008. Dicho formulario lo envió el Hospital acusado a un correo electrónico de la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin cumplir con la regla principal de llenar o de actualizar la información del aplicativo web que estaba destinado para ese fin. Dado lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil incluyó el cargo en el grupo I de la Oferta Pública de Empleos de Carrera en cumplimiento de la circular No.

054 del 28 de octubre de 2009, sin que con ello evidencie la Sala un irrespeto de las reglas del concurso por parte de la Comisión y una violación al debido proceso de su parte, pues en últimas lo que aconteció fue un error en el reporte del cargo de carrera administrativa.

Adicionalmente, la Oferta Pública de Empleos de Carrera de la Convocatoria 001 de 2005 fue publicada por varios meses en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo que lleva a la Sala a concluir que la actora contó con la oportunidad para enterarse que el cargo que ejerce en provisionalidad fue reportado en un grupo diferente y bien pudo, además, cuestionar la información errada del reporte. Como no lo hizo a pesar de que la información era de público acceso, la tutela resulta improcedente para revivir esa etapa, máxime cuando se repite, no existió menoscabo a las normas preestablecidas del concurso de méritos.

Ahora bien, pensando en que la accionante insistiera en que el reporte del cargo se realizó de forma correcta y que el error reside en alguna de las entidades demandadas, escapa al juez de tutela analizar esa situación por cuanto en la actualidad no existe un perjuicio irremediable que habilite el amparo transitorio ya que la actora aún se encuentra vinculada al cargo de enfermera obligatoria en provisionalidad, sumado a que la vía idónea para hacerlo es cuestionar la actuación a través de las acciones contencioso administrativas, entre ellas, la acción de reparación directa, en donde puede solicitar como medida cautelar la suspensión del acto administrativo que resulta nocivo para sus derechos. Así las cosas, la tutela deviene improcedente.

7.4. La estabilidad laboral reforzada que abriga a la actora y su conversión a estabilidad laboral intermedia: Como lo reconoció la actora y lo informó la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón Santander, actualmente la accionante se

encuentra disfrutando del periodo de hora de lactancia hasta el mes de diciembre de 2011, por consiguiente, dando cumplimiento al artículo 51 de la Ley 909 de 2004, goza de una estabilidad laboral reforzada por el fuero de maternidad que la cobija, motivo por el cual no puede ser retirada del cargo de carrera administrativa que ejerce en provisionalidad hasta tanto cese dicho fuero que tiene raigambre constitucional. Una vez el mismo finalice, la accionante detentaría una estabilidad laboral intermedia que conforme lo explicado en la consideración 6ª de esta providencia, debe ceder ante los derechos que tiene el concursante que ocupó el puesto más destacado en la lista de elegibles para tomar posesión y ejercer el cargo de carrera administrativa en propiedad. Ello por cuanto resulta ser una justa proporción y armonización entre la estabilidad laboral reforzada de la accionante y los derechos de acceso a empleos públicos y de mérito de quien agotó diligentemente las etapas propias del concurso.

De esta forma, la Sala observa que frente a este punto no existe menoscabo a los derechos fundamentales invocados y, por contera, la decisión de segunda instancia constitucional se ajusta a la realidad procesal.

7.5. En virtud de lo expuesto, la Corte confirmará la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga y negó el amparo, dentro de la acción de tutela promovida por Laura Milena Parra Prada contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de mayo de 2011, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual revocó el fallo proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga y, en su lugar, negó el amparo a los derechos que invocó Laura Milena Parra Prada contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón-Santander.

Segundo.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARÍA VICTORA CALLE CORREA Magistrada MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] Cfr.

folio 1 del cuaderno principal. [2] Cfr. folio 3 del cuaderno 1. [3] A folios 14 y 15 del cuaderno principal, se observa que el señor Gustavo Fuentes de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, mediante correo electrónico fechado el 9 de septiembre de 2009, remitió al contacto fase2@cnsc.gov.co el formulario de reporte de empleos y funcionarios públicos cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2005. En el archivo adjunto indicó que el cargo 11081 de enfermero, estaba siendo desempeñado en provisionalidad por la señora Laura Milena Parra Prada.

[4] Cfr. folio 5 del cuaderno principal. [5] Cfr. folio 6 del cuaderno 1. [6] A folio 19 del expediente, se observa copia del acta de posesión de la señora Laura Milena Parra Prada en el cargo de enfermera de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón. La posesión se llevó a cabo el 25 de septiembre de 2002.

[7] A folios 7 y 8 del cuaderno principal, se observa el acto administrativo por medio del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformó la lista de elegibles para proveer el cargo de enfermero 243-17 del Hospital San Juan de Dios de Girón. En dicho acto se indica que el cargo fue ofertado en la etapa 3 del grupo 1 de la Convocatoria No. 001 de 2005. La única integrante de la lista de elegibles es la señorita Silvia Victoria Martínez Manrique.

[8] Cfr. folios 9 y 10 del cuaderno principal. [9] A folios 11 a 13 del expediente, se observa que el 20 de enero de 2011, la Comisión Nacional del Servicio Civil dio respuesta a la petición que elevó la actora, señalando que “su nombre y por ende el empleo que usted desempeña no fue reportado en las condiciones precitadas, motivo por el cual no forma parte

de la OPEC del segundo grupo y, en consecuencia, fue ofertado en grupo I. (…) // Ahora bien, teniendo en cuenta que usted presentó la prueba de competencias funcionales el 10 de octubre, no estaba habilitada para hacer elección del empleo 11081 de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, puesto que este fue ofertado en grupo I, fechas para las cuales usted aún no presentaba y aprobada la prueba de competencias funcionales, siendo este requisito para hacer elección" .

[10] Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005, T-368 de 2008 y T-244 de 2010. [11] Esta subregla de procedencia excepcional de la acción de tutela la contempla el artículo 86 de la Constitución Política.

[12] En sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable: " A)… inminente : 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...) "B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes , es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) "C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave , lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

"D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable , ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...) "De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio".

[13] Sentencias T-175 de 2010, T-606 de 2010 y T-169 de 2011. [14] Sentencia T-132 de 2006, reiterada en la sentencia T-244 de 2010. Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 y T-1266 de 2008.

[15] Los principios a que se hace alusión se encuentran consagrados en el artículo 7° de la ley 909 de 2004 y en el Acuerdo 001 de 2004, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

[16] Sobre el punto, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia SU-917 de 2010, señaló que "(…) el Constituyente de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador. // Ligado a ello, la Carta Política introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en la estructura del Estado, los cuales han conducido a repensar por completo la caracterización y conceptualización de los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia. No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del denominado "botín burocrático" entre los distintos partidos y movimientos políticos en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de

diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo en cuenta los retos que debe asumir el Estado de cara a la globalización económica. // A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas. // De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes".

[17] Al respecto se pueden consultar las sentencias C-588 de 2009, SU-913 de 2009, T-556 de 2010 y SU-917 de 2010. [18] En sentencia T-514 de 2001, la Corte señaló que " el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos ".

[19] De acuerdo con la sentencia C-040 de 1995, reiterada en la sentencia SU-913 de 2009, las etapas que en general deben surtirse para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: " (i) La convocatoria : Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento : En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección : a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) elaboración de lista de elegibles : En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido".

(Negrillas del texto original). [20] Frente a las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007, al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No.

105/06 Senado y 176/06 Cámara, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ley 588 de 2000" , manifestó que " la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite.

El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar ; (…)".

[21] Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-1316 de 2005, T-245 de 2007, T-606 de 2009, C-431 de 2010 y T-507 de 2010. Específicamente en la sentencia C-553 de 2010, la Sala Plena de la Corte se refirió a los cargos de carrera administrativa que estaban proveídos en provisionalidad, a los cuales le asignó una estabilidad laboral "relativa" que para todos sus efectos se entienda igual a la estabilidad laboral "intermedia" .

Ello para diferenciarla de la estabilidad laboral "precaria" que es la que tienen los funcionarios que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción.

[22] Ver las sentencias C-901 de 2008 y T-606 de 2009, entre otras. [23] Sobre el tema, esta Corporación en sentencia T-247 de 2005, evocando la sentencia T-800 de 1998, señaló que "(…) la Corte precisó que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad". Una consideración en contra implicaría la desnaturalización de la figura de la provisionalidad, lo cual trae consigo una grave e injustificada afectación de las garantías laborales de los servidores. En esa oportunidad la Corte precisó que tal garantía de estabilidad laboral, aunque intermedia, permite asegurar que existe una motivación que respalda la desvinculación. Así, según fue explicado por la Corte, la separación del cargo debe tener como supuesto la comisión de una falta disciplinaria o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos".

[24] Así lo reconoció y clarificó esta Corporación en sentencia SU-917 de 2010. [25] Así lo consideró la sentencia C-431 de 2010.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.